

Aplicação da Lei sobre Crimes Hediondos

JULIO FABBRINI MIRABETE
Procurador de Justiça Aposentado — SP

Além de regulamentar o artigo 5.º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, definindo os crimes hediondos, a Lei n.º 8.072, de 25.7.90, determina outras providências a respeito de tais delitos e da prática de tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo. Prevê a citada lei, que entrou em vigor na data de sua publicação (26.7.90), normas de direito penal e de direito processual penal, além de regras de execução das penas privativas de liberdade. Assim, é mister verificar quais os dispositivos que têm aplicação imediata aos autores dos crimes citados e também os que podem ou não retroagir a fatos ocorridos antes do início de sua vigência.

Não há qualquer dúvida quanto à irretroatividade da lei nas disposições penais em que a lei nova é mais severa que a anterior, ou seja, o Código Penal de 1940, com as suas alterações, em especial a Lei n.º 7.209, de 11.7.1984, que deu nova redação à Parte Geral do citado Estatuto. Assim, são inaplicáveis aos crimes cometidos até 25 de julho de 1990: o artigo 6.º, que, prevendo nova redação para os artigos 157, inciso 3.º, 159, **caput**, e seus parágrafos 1.º, 2.º e 3.º, 213, 214, 223, **caput** e seu parágrafo único, 267, **caput** e 270, **caput**, todos do Código Penal, elevou os limites das penas cominadas abstratamente para o latrocínio, a extorsão mediante seqüestro, o estupro, o atentado violento ao pudor, a epidemia e o envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal; o artigo 8.º, **caput**, que prevê limites mais elevados na pena para o crime definido no artigo 288, de quadrilha ou bando destinado à prática dos ilícitos referidos na lei; e o artigo 9.º, que instituiu causa de aumento de pena de um terço para os crimes previstos nos artigos 157, parágrafo 3.º, 158, parágrafo 2.º, 159, **caput** e seus parágrafos 1.º, 2.º, e 3.º, 213, **caput**, e sua combinação com o artigo 223, **caput** e parágrafo único, todos do Código Penal, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224, do mesmo Estatuto (ilícitos praticados contra vítima que não é maior de quatorze anos, é alienada ou débil mental e o agente conhecia essas circunstâncias, ou não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência). Tratando-se de normas penais mais severas (**novatio legis in pejus**), elas só podem ser aplicadas aos crimes praticados a partir de 26 de julho de 1990, de acordo com o artigo 5.º, XL, da CF.

É também irretroativo, porque de caráter penal, o artigo 5.º, que acrescenta o inciso V ao artigo 83 do Código Penal, exigindo para o livramento condicional o cumprimento de dois terços da pena para os condenados pelos crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. Embora o livramento condicional ocorra durante a execução, é ele instituto penal porque suspende, mesmo em caráter condicional, o cumprimento do restante da pena, que não será executada integralmente se o beneficiado não der causa à sua revogação. Há uma alteração básica com relação à pena privativa de liberdade: o condenado fica em liberdade, não cumprindo a pena que lhe foi imposta, embora sujeito às condições legais ou impostas pelo juiz. Não nos parece procedente, por isso, a douta opinião de que o livramento condicional é apenas uma “forma de execução” da pena privativa de liberdade e, portanto, matéria processual.

Pelas mesmas razões, é irretroativa a regra implícita no artigo 5.º, que impede a liberdade antecipada ao “reincidente específico em crimes dessa natureza” (redação do inciso V do artigo 83). Saliente-se que o conceito de “reincidente específico” da Lei em estudo não coincide com aquele decorrente da redação primitiva do artigo 46, parágrafo 1.º, inc. II, do Código Penal de 1940, pois não se exige que os crimes sejam da “mesma natureza”, mas sim, “dessa natureza”, ou seja, da natureza prevista no artigo 5.º: crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e terrorismo. É reincidente específico para a lei aquele que comete qualquer um desses crimes após ter sido condenado por sentença transitada em julgado por crime anterior que tenha essa mesma natureza. Exemplificando, é reincidente específico, quem pratica um latrocínio após ter sido condenado por sentença irrecorrível por crime de tráfico ilícito de entorpecentes.

A proibição da anistia, graça e indulto nos crimes referidos na lei, inscrita no artigo 2.º, item I, embora inexistente na lei anterior, já era inscrita em norma constitucional penal (artigo 5.º, XLIII, da CF de 1988). Sua aplicação, portanto, remonta aos crimes praticados a partir da vigência da nova Carta Magna. Deve-se porém ressaltar os crimes hediondos, pois a inclusão destes no rótulo só foi efetuada pela Lei n.º 8.072, em obediência à ressalva do texto constitucional, que deixou à lei ordinária penal a sua “definição”. No que tange aos crimes hediondos, ao contrário do que ocorre com os demais, a proibição vale tão-somente para os crimes praticados após a regulamentação legal.

O artigo 7.º, que insere o parágrafo 4.º no artigo 159, prevendo uma causa obrigatória de diminuição de pena de um a dois terços no crime de extorsão mediante seqüestro quando o acusado denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, é regra penal mais benigna, dotada de retroatividade (art. 5.º, 1, XL, *in fine*, da CF, e art. 2.º, parágrafo único, do CP). Deve ser aplicado, portanto, aos autores desse crime cometido mesmo antes da vigência da nova lei. O mesmo se diga do artigo 8.º, parágrafo único, que prevê a mesma redução de pena ao “participante” ou “associado” que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento. Registre-se que a diminuição de pena é cabível não só quanto ao crime de quadrilha (nesse caso o agente é “associado”), como também pelo crime por ele praticado, entre os referidos na lei, como integrante da quadrilha (nessa hipótese o agente é “participante”). Essa é a interpretação que deve ser dada ao dispositivo já que a lei não contém palavras inúteis, devendo ser distinguidos o “associado” (membro da quadrilha, crime de concurso necessário), do “participante” (co-autor ou partícipe em crime praticado em concurso eventual). Essa causa de diminuição de penas, aliás, é inspirada no instituto da

“bargaining” (barganha), dos Estados Unidos, e no “patteggiamento”, instituído na Itália para determinados crimes, como uma forma do “direito premial”.

Por ter caráter exclusivamente processual, aplica-se aos autores dos crimes já referidos o artigo 2.º, item II, ainda que praticados tais delitos em data anterior a 16 de julho de 1990, proibindo-se a fiança e a liberdade provisória nas hipóteses daqueles presos em flagrante delito. São também normas de processo penal, com aplicação imediata a todos esses delitos, as seguintes regras: que condiciona a liberdade para apelar, quanto ao réu que está em liberdade e é condenado, a despacho fundamentado do juiz que proferir da decisão, insuficiente a primariedade e os bons antecedentes (art. 2.º, parágrafo 2.º); que estende para trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema necessidade, a prisão provisória (art. 2.º, parágrafo 3.º); que duplica os prazos procedimentais da Lei de Tóxicos quando se tratar de crimes previstos nos artigos 12, 13 e 14 desse diploma legal (art. 10, que acrescenta parágrafo único ao artigo 35 da Lei n.º 6.368, de 21.10.76).

Resta examinar o artigo 2.º, inciso 1.º, que dispõe: “A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado”. Refere-se o dispositivo aos crimes hediondos, à prática de tortura, ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e ao terrorismo. Deve-se entender que o dispositivo tem aplicação a todos os crimes citados, inclusive aqueles praticados antes da vigência da Lei n.º 8.072/90. O regime de cumprimento das penas privativas de liberdade não é matéria penal pois não altera a reprimenda. Refere-se apenas aos locais em que deve ser executada a pena: no regime fechado, em estabelecimento de segurança máxima ou média (penitenciárias); no regime semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e, no regime aberto, em casa do albergado ou estabelecimento adequado (art. 33, parágrafo 1.º, do Código Penal). Embora a execução em cada um dos regimes tenha algumas características particulares (possibilidade de saídas temporárias, de trabalho externo etc.), as regras que os disciplinam não passam de matéria exclusivamente processual, ou, como querem alguns, de direito penitenciário ou de execução penal, em que não vigora o princípio da retroatividade da lei mais benigna, característica que é indeclinável apenas quando se trata de lei penal. O dispositivo citado não está alterando a pena, mas apenas disciplinando os “fatos” referentes à sua execução, ou seja, ao seu início (regime inicial), ou ao seu desenvolvimento (proibição da progressão). É regido, pois, pelo princípio geral da aplicação da lei: *tempus regit actum*.

Quanto aos condenados pelos crimes acima citados que já estejam cumprindo a pena em regime semi-aberto ou aberto, quer desde o início, quer em virtude de terem sido beneficiados com a progressão, não se pode aplicar a nova lei, obrigando-os a passarem para o regime fechado. Nessas hipóteses há coisa julgada, quer da decisão que fixou o regime inicial mais suave, quer a que destinou o condenado a ele em decorrência de seu mérito, pela progressão. Embora a execução da pena em regime semi-aberto ou aberto seja condicional, porque permite a regressão a um mais severo, essa transferência depende da ocorrência dos fatos previstos na Lei de Execução Penal (art. 118). Não é possível a regressão ao regime fechado por outras causas que não as previstas em lei e a permanência do condenado no regime menos severo está assegurada pela intangibilidade da coisa julgada. Não pode a nova lei prejudicar a coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF), alterando a decisão do juiz que concedeu o regime inicial semi-aberto ou aberto ou a progressão para esses regimes aos condenados que fizeram jus a eles de acordo com a lei vigente à época em que ocorreu a decisão.